

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 28 de octubre de 2021

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Magéntica Social, S.L. (en adelante MAGÉNTICA) contra los Decretos de la Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 6 de septiembre de 2021 por los que se adjudica a Elite y Espacio, S.L. (en adelante ELITE) los 2 lotes del contrato de “Servicios de auxiliar de información, control de acceso y atención al público en edificios adscritos al distrito de Moratalaz (2 lotes),” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2020/00317, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados el 16 de julio de 2020, en el DOUE y en la Plataforma de Contratación del Sector Público, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y dividido en 2 lotes

El valor estimado del contrato asciende a 1.217.351,78 euros y su plazo de duración será de 24 meses

A la presente licitación se presentaron 12 licitadores a cada uno de los lotes, incluida la recurrente.

Segundo.- Con fecha 9 de octubre de 2020 MAGÉNTICA interpone recurso contra el Acuerdo de 16 de septiembre de 2020 por el que se le excluye del procedimiento de licitación. Mediante Resolución 294/2020 de 5 de noviembre este Tribunal acuerda estimar el recurso con retroacción de las actuaciones a los efectos de conceder plazo de subsanación para la presentación del plan operativo.

El 20 de enero de 2021, Integra Mantenimiento Gestión y Servicios Integrados Centro Especial de Empleo-Valencia S.L. interpone recurso contra la adjudicación de los 2 lotes del contrato de referencia a MAGÉNTICA solicitando que se anule la adjudicación por la discordancia observada entre el DEUC y la oferta de la adjudicataria en relación con la subcontratación. Mediante Resolución 99/2021 de 4 de marzo de 2021 este Tribunal estima el recurso interpuesto ordenando la retroacción del procedimiento al momento de valoración de las ofertas puesto que la ejecución directa del objeto del contrato por un CEE no supone subcontratación.

Mediante los Decretos del Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 5 de abril de 2021, se adjudican los dos lotes del contrato de referencia a INTEGRA.

El 27 de abril de 2021 MAGÉNTICA interpone recurso contra dicha adjudicación. Mediante Resolución 232/2021 de 27 de mayo de 2021 se ordena la retroacción del procedimiento de licitación al momento de la valoración de las ofertas respecto del criterio de subcontratación dado que la revisión realizada por el órgano de contratación no había tenido en consideración todos los criterios expuestos en la Resolución 99/2021.

El 16 de julio de 2021 MAGÉNTICA interpone recurso contra el Decreto del Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 25 de junio de 2021 por el que se

acepta la propuesta de la mesa de contratación de 10 de junio en relación con el Lote 2 y contra el anuncio por el que se acepta la propuesta de adjudicación del Lote 1. Mediante Resolución 353/2021 de 12 de agosto de 2021 se inadmite el recurso por no ser un acto de trámite cualificado de los previstos en el artículo 44.2.b) de la LCSP.

Tercero.- El 6 de octubre de 2021 MAGÉNTICA interpone recurso contra los Decretos de la Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 6 de septiembre de 2021 por los que se adjudica a ELITE el contrato de referencia solicitando la anulación de la adjudicación y se proceda a realizar una nueva valoración de las ofertas.

El 15 de octubre de 2021 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales (RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015 de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al adjudicatario, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndole un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El 18 de octubre de 2021 ELITE presenta alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues los acuerdos de adjudicación fueron publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 15 y 20 de septiembre de 2021 respectivamente, e interpuesto el recurso el posterior 6 de octubre, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- A los efectos de la resolución del presente recurso interesa destacar las siguientes cláusulas de los PCAP.

“Cláusula16.- Criterios de adjudicación. (Cláusulas 17, 19 y 25)

(...)

Se valorará que los licitadores destinen a la **subcontratación con Empresas de Inserción Social o Centros Especiales de Empleo** un porcentaje superior al 5% del importe del contrato: **Hasta 15 puntos.**

Se otorgará la mayor puntuación al licitador que haya ofertado el mayor porcentaje por encima del 5% establecido en el criterio de adjudicación. El resto de licitadores se valorarán de forma proporcional conforme a la siguiente fórmula:

$$P = Po / PoM \text{ (puntuación máxima)}$$

(...)

Cláusula 23.- Subcontratación. (Cláusulas 34 y 38).

Subcontratación: SI

Pago directo a los subcontratistas: NO

Los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato a subcontratar, su importe, y el nombre o el perfil empresarial de los subcontratistas SI

(...)

Cláusula 38. Subcontratación.

El contratista, según lo previsto en el apartado 23 del Anexo I al presente pliego referido a cada lote, podrá concertar con terceros la realización parcial del mismo

(...).”

Alega la recurrente que en la Resolución 232/2021 de este Tribunal se determinó que “los negocios jurídicos con empresas del mismo grupo no pertenecen a la categoría de los subcontratos” y que “En relación con la empresa Elite y Espacio, S.L., consta una subcontratación del 60%, no hay constancia documental sobre si la empresa con la que está subcontratando pertenece al mismo grupo de empresa. Por ello, el órgano de contratación deberá requerir a la licitadora para que aporte la documentación correspondiente a efecto de la valoración del criterio de subcontratación de conformidad con lo expuesto a lo largo de este recurso.”

Que a la vista de lo anterior MAGÉNTICA solicitó vista del expediente administrativo para ver qué documentación se solicitó a ÉLITE y cuál fue su contestación y comprobó que la adjudicataria afirma que:

1. Que la empresa ÉLITE INSERCIÓN, CEE, con la que pretende subcontratar un 60%, es una “empresa totalmente independiente y no forma grupo empresarial con la empresa ÉLITE Y ESPACIO, S.L.”

2. “Que la sociedad ELITE INSERCIÓN, CEE, no tiene vinculación alguna con ÉLITE Y ESPACIO, S.L., por lo que a todos los efectos nuestra subcontratación es totalmente correcta y consecuentemente son aplicables las puntuaciones realizadas en relación con el criterio de adjudicación motivo de la consulta.”

Manifiesta la recurrente su desacuerdo con esta respuesta pues considera que se está vulnerando la Resolución 232/2021 y porque tiene motivos justificados para pensar que ÉLITE va a subcontratar con la empresa Élite Inserción CEE perteneciendo ambas empresas al mismo grupo por lo que de acuerdo con las resoluciones dictadas por este Tribunal en este procedimiento debería obtener 0 puntos.

En defensa de sus pretensiones se remite a un informe emitido el 16 de octubre de 2019 con motivo de una oferta anormalmente baja por la Dirección General de Emergencia y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid en otro procedimiento de licitación y señala que la propia empresa, Élite y Espacio, indica en su respuesta que Elite Inserción CEE pertenece al mismo grupo ELITE, y que el CEE fue adquirido con el nombre Élite y España 2015 con fecha 27 de octubre de 2015.

A lo anterior añade que en el listado de Centros Especiales de Empleo que publica la Comunidad de Madrid en su web, el correo electrónico de Élite Inserción CEE es eliteyespacio@gmail.com. Asimismo, cita varias páginas web alegando que ambas sociedades comparten la misma administración y los cargos del administrador único y que en la web de Élite y Espacio, S.L. aparece la misma dirección que en el listado de los Centros Especiales de Empleo.

Por todo ello, considera la recurrente que resulta obvio que Elite y Espacio y Elite Inserción CEE, pertenecen al mismo grupo de empresas por lo que no debería obtener ninguna puntuación en el criterio de la subcontratación.

Por su parte el órgano de contratación alega que a tenor de la Resolución 232/2021 de este Tribunal se requirió a Élite y Espacio para que acreditara si Elite Inserción CEE forman parte de su mismo grupo empresarial y que el 10 de junio de 2021 se reunió la mesa de contratación para examinar la documentación presentada.

Manifiesta el órgano de contratación que *“La licitadora ELITE Y ESPACIO S.L. aporta una declaración firmada electrónicamente por D. Carlos Galindo en la que se indica expresamente:*

“3.-Que en relación con el requerimiento les adjuntamos la documentación de la empresa ELITE INSERCIÓN CEE, como empresa totalmente independiente y no forma grupo empresarial con la empresa ELITE Y ESPACIO S.L.

-La empresa ELITE INSERCIÓN, CEE, fue adquirida con el nombre ELITE Y ESPAÑA, 2015 con fecha 27/10/2015, según aparece en la escritura Nº Protocolo 1661.

-Con fecha 17/06/2017, cambio de denominación ELITE INSERCIÓN, CEE, para ser un centro especial de empleo, según aparece en la escritura Nº Protocolo 1842.

4.- Que la empresa ELITE INSERCIÓN CEE, tiene su propia actividad y desarrolla sus trabajos de forma independiente tanto a nivel técnico, jurídico y económico, posee su propia plantilla de personal y sus propias cuentas anuales (como establece el artículo 42 del Código de comercio y el artículo 6 de las NOFCAC (Normas para la Formulación de las Cuentas Anuales Consolidadas), con carácter general, toda sociedad dominante de un grupo de sociedades está obligada a formular cuentas anuales e informe de gestión consolidados).”

Asimismo, indica el órgano de contratación que la adjudicataria adjunta a la citada declaración la siguiente documentación:

- 1º. Escritura de la constitución de la sociedad Elite y España.
- 2º. Escritura de elevación a públicos de acuerdos sociales de la sociedad Elite y España 2015 S.L.
- 3º. Informe de vida laboral de un código de cuenta de cotización correspondiente a la mercantil Elite E Inserción S.L.
- 4º. Datos generales de identificación e información complementaria requerida en la legislación española.
- 5º Acta de protocolización formalizada a instancia de la sociedad Elite e Inserción S.L.

A la vista de la documentación, la mesa de contratación considera que el contenido de la documentación aportada es coherente con la declaración realizada por la adjudicataria consistente en no pertenecer al mismo grupo de empresas.

Por su parte el adjudicatario manifiesta que se está produciendo un menoscabo del derecho de la libre concurrencia en la licitación ya que *“SE ESTA CONTRADIENDO DE MANERA REITERADA LAS DECISIONES TOMADAS ENTRE DOS ORGANOS UNO EL ORGANO DE CONTRATACION Y OTRO EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, el cual mediante RESOLUCIÓN Nº 232/2021 DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID DE FECHA 2 DE JUNIO DE 2021 DEL RECURSO Nº 180/2021, daba la solución al conflicto dejando en manos del órgano de contratación las decisiones finales que se citaban textualmente “En relación con la empresa Elite Y Espacio, S.L., consta una subcontratación del 60%, no hay constancia documental sobre si la empresa con la que está subcontratando pertenece al mismo grupo de empresa. Por ello, el órgano de contratación deberá requerir a la licitadora para que aporte la documentación correspondiente a efecto de la valoración del criterio de subcontratación de conformidad con lo expuesto a lo largo de este recurso”*

Vistas las alegaciones de las partes es preciso citar el artículo 42 del Código de Comercio publicado mediante Real Decreto de 22 de agosto de 1885:

“1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.

Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.

2. La obligación de formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados no exime a las sociedades integrantes del grupo de formular sus propias cuentas anuales y el informe de gestión correspondiente, conforme a su régimen específico.

3. La sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá incluir en ellas, a las sociedades integrantes del grupo en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo, así como a cualquier empresa dominada por éstas, cualquiera que sea su forma jurídica y con independencia de su domicilio social.

4. La junta general de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá designar a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas.

5. Las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

6. Lo dispuesto en la presente sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas. Igualmente se aplicarán estas normas, en cuanto sea posible, a los supuestos de formulación y publicación de cuentas consolidadas por cualquier persona física o jurídica distinta de las contempladas en el apartado 1 del presente artículo.”

En primer lugar, sorprende a este Tribunal que toda la documentación aportada por el adjudicatario ante el requerimiento del órgano de contratación versa sobre la

empresa Elite Inserción sin aportar ni siquiera las escrituras de constitución y sus modificaciones de Elite y Espacio lo que ha llevado a este Tribunal a solicitar las mismas.

En relación con la empresa Elite y Espacio se constata lo siguiente:

Escritura de 17 de abril de 1998 de constitución de la sociedad Elite y Espacio, S.L.

La sociedad está constituida Don C.G.A.T que asume 330 participaciones y por Doña A.G.M. con 170 participaciones.

En el Boletín Oficial del Registro Mercantil de 28 de febrero de 2019 consta como administrador único Don C.G.A-T. Asimismo en el DEU correspondiente a la oferta presentada para esta licitación declara que actúa como administrador único.

En relación con la entidad Elite Inserción se obtiene la siguiente información:

Escritura de 27 de octubre de 2015 de constitución de la Sociedad Elite y España 2015, S.L.

La sociedad está constituida por don C.G.A-T que asume 1503 participaciones y por don P.E.B.G. con 1503 participaciones. Ambos socios son administradores solidarios.

Escritura de 3 de diciembre de 2015 de elevación a públicos de acuerdos sociales de la sociedad Elite y España 2015, S.L. en los que se nombra a don C.G.A-T administrador único.

Acta de 12 de junio de 2017 de protocolización formalizada a instancia de la Sociedad Elite e Inserción S.L. (anteriormente denominada Elite y España 2015, S.L.) en la que consta don C.G.A-T como administrador único.

De lo expuesto se evidencia que don C.G.A-T es administrador único tanto de Elite y Espacio como de Elite Inserción. Además, respecto de la primera sociedad ostenta más de la mitad de las participaciones y respecto de la segunda la mitad de las participaciones.

Lo anterior lleva a concluir que son sociedades pertenecientes al mismo grupo pues ostenta el control sobre las mismas.

Al margen de lo anterior es significativo el informe, que cita el recurrente, de la Dirección General de Emergencia y Protección Civil del Ayuntamiento de Madrid (expediente. 300/2019/00380) con motivo del análisis de la justificación de la oferta presentada por Elite y Espacio, S.L. incurso en presunción de anormalidad según determinó la mesa de contratación el 16 de octubre de 2019. En dicho informe consta *“ELITE Y ESPACIO S.L expone que ‘el personal a contratar pertenecería a un centro especial de empleo denominado Elite Inserción, S.L. con CIF B87402855, forma parte del grupo Elite, tiene la calificación de centro especial de empleo’”*.

Sobre esta cuestión el adjudicatario no realiza ninguna alegación al respecto cuando se le dio traslado del recurso.

A lo anterior añadir que con motivo de un recurso interpuesto por Elite y Espacio contra la adjudicación del contrato “Auxiliares de información, atención al público y control de entradas en Equipamientos adscritos al Distrito de Carabanchel 2019-2021”, nº Expediente: 300/2019/00753, del Ayuntamiento de Madrid, resuelto por este Tribunal mediante Resolución 484/2019 de 21 de noviembre de 2019, en el informe de 5 de noviembre de 2019 que emite el órgano de contratación en relación con el recurso interpuesto consta que *“resultando que Elite Inserción S.L., con CIF B87402855 forma parte del grupo Elite, (...) Es decir, reconocía que iba a subcontratar el 100% del servicio con una entidad con la que existe vinculación, pues forma parte del mismo grupo y es centro especial de empleo, basando su oferta esencialmente en las favorables condiciones que se derivan de la subcontratación con un centro especial de empleo con el que existe vinculación y, por tanto, no cabe entender como subcontratación”*

En definitiva, a la vista de lo expuesto anteriormente, tanto del contenido de las escrituras como de las declaraciones anteriores y no habiéndose producido ninguna modificación posterior al respecto, se evidencia que Elite y Espacio y Elite Inserción son sociedades pertenecientes al mismo grupo por lo que no tiene cabida la subcontratación y en consecuencia no procede otorgar puntuación a Elite y Espacio por el criterio de subcontratación, correspondiéndole 0 puntos.

Por ello, se estima el recurso ordenando la retroacción al momento de la valoración de las ofertas de acuerdo con lo expuesto anteriormente.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Magéntica Social, S.L. contra los Decretos de la Concejal Presidente del distrito de Moratalaz de 6 de septiembre de 2021 por los que se adjudica a Elite y Espacio, S.L. los 2 lotes del contrato de “Servicios de auxiliar de información, control de acceso y atención al público en edificios adscritos al distrito de Moratalaz (2 lotes),” del Ayuntamiento de Madrid, número de expediente 300/2020/00317, que en consecuencia se anulan, ordenando la retroacción del procedimiento al momento de la valoración de las ofertas de acuerdo con lo expuesto en el fundamento de derecho quinto.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.